

Publié in *Liber amicorum Paul Martens*, L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 399 à 418.

LIBERTÉ ACADÉMIQUE ET COUR D'ARBITRAGE

Michel Pâques
Professeur à l'Université de Liège
Doyen de la Faculté de Droit

Introduction

La liberté académique est de ces biens précieux qui donnent à la vie universitaire une grande partie de sa valeur. Ecornée par le législateur, elle est restaurée par la juridiction constitutionnelle qui y voit une liberté fondamentale. La tentation du commentaire était grande et l'occasion belle d'en faire hommage à Paul MARTENS, juge à la Cour d'arbitrage, professeur à l'Université et auteur à la plume si féconde.

La liberté académique constitue désormais un aspect de la liberté d'expression et participe de la liberté d'enseignement. Elle est ancrée dans la Constitution belge et la Convention européenne des droits de l'homme lue à la lumière de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Cette filiation à plusieurs branches s'impose au législateur tenu non seulement de respecter le droit fondamental mais aussi de le garantir. Si des restrictions sont nécessaires, elles doivent être fondées dans la loi, justifiées et proportionnées. Ce sont là quelques enseignements de l'arrêt prononcé le 23 novembre 2005 par la Cour d'arbitrage¹. Un arrêt important qui établit en Belgique une certaine conception de l'université que le législateur de la Communauté française ne se faisait peut-être pas, peut-être plus. Le décret entrepris, connu sous le nom de « décret de Bologne »², échappe à l'annulation mais sous réserve des interprétations correctrices données par la Cour.

L'étendue et les bénéficiaires de la liberté académique reconnue dans l'arrêt ne se laissent pourtant pas facilement saisir en raison sans doute du contenu du décret qui vise tantôt tout l'enseignement supérieur, tantôt toutes les universités, tantôt les universités publiques. La difficulté tient aussi au contexte particulier du recours, introduit seulement par des professeurs et chercheurs de l'université publique contre la définition de la liberté académique établie par le législateur pour toutes les universités et contre des garanties légales insuffisantes qui ne valent que pour les universités publiques. Dès lors, quand la Cour établit la portée de la liberté d'expression ou d'enseignement, vise-t-elle d'autres catégories d'enseignement que l'enseignement universitaire ? Quand elle vise l'université, s'adresse-t-elle aux seules universités publiques ? Cette question est moins simple qu'il n'y paraît. Mais commençons notre examen par la liberté académique elle-même, telle que la Cour l'a définie.

¹ C.A., 23 novembre 2005, 167/2005, <http://www.arbitrage.be>

² Il s'agit du décret de la Communauté française du 31 mars 2004 « définissant l'enseignement supérieur, favorisant son intégration à l'espace européen de l'enseignement supérieur et refinançant les universités » dont certains articles étaient critiqués.

I.- La liberté

Le décret de la Communauté française du 31 mars 2004 « définissant l'enseignement supérieur, favorisant son intégration à l'espace européen de l'enseignement supérieur et refinançant les universités » contient un article dont l'objet est de donner une définition de la liberté académique. Le voici : « Dans le contexte de ses activités d'enseignement, tout responsable d'un enseignement jouit de la liberté académique dans l'exercice de cette mission. Ceci suppose le choix des méthodes pédagogiques, des contenus scientifiques et techniques, de l'évaluation et des diverses activités mises en œuvre afin d'atteindre les objectifs particuliers - visés à l'article 63, § 3 - de cet enseignement au sein du programme d'études. Cette liberté s'exerce dans le respect des dispositions de ce décret ». Le contenu de cet article était jugé étroit par les professeurs et chercheurs qui décidèrent d'introduire le recours en annulation. Étroit d'abord par son périmètre : le seul enseignement était visé dans la définition rapportée, détaché apparemment de la recherche pourtant capitale en milieu universitaire ; la place réservée à l'article dans ce vaste décret confirmait cette impression³. Étroit, ensuite, par le jeu d'un second corset, à la pression incertaine : « Cette liberté s'exerce dans le respect des dispositions de ce décret ». Ce qui posait notamment la question de savoir si la critique du décret et de ses options pas toujours nettes était permise. Plus généralement, le sentiment était que cette définition de la liberté académique venait pour assurer de l'existence de ce qui n'était plus ou de ce qui était moins⁴, un peu comme le constituant était venu affirmer l'indépendance des juges qui allait de soi depuis 1831, au moment où il y commençait à y porter atteinte⁵.

La Cour d'arbitrage entend la critique. La liberté académique ne procède pas d'une reconnaissance circonstancielle par le législateur communautaire qui choisirait ou non de la créer et la façonnerait à sa guise. Elle se déduit directement de la Constitution et de la Convention européenne⁶, ce qui signifie que le législateur ne peut restreindre le sens qui est reconnu à la liberté académique. Il ne peut qu'y apporter certaines limitations sous le contrôle de la Cour gardienne de cette liberté. Voici les motifs essentiels :

« B.18.1. La liberté académique traduit le principe selon lequel les enseignants et les chercheurs doivent jouir, dans l'intérêt même du développement du savoir et du pluralisme des opinions, d'une très grande liberté pour mener des recherches et exprimer leurs opinions dans l'exercice de leurs fonctions.

La liberté académique constitue donc un aspect de la liberté d'expression, garantie tant par l'article 19 de la Constitution que par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme; elle participe de la liberté d'enseignement garantie par l'article 24, § 1er, de la Constitution.

B.18.2. Puisque la liberté académique est impliquée par deux dispositions constitutionnelles dont la Cour est chargée d'assurer le respect, il appartient à la Cour d'examiner si les dispositions attaquées dans le troisième moyen ne restreignent pas la liberté académique de manière disproportionnée.

³ Cet article 67 est dans la partie II du décret contenant les « dispositions spécifiques aux universités », dans un chapitre « programmes d'études et évaluation », section « programmes d'études ».

⁴ La loi du 28 avril 1953 sur l'organisation de l'enseignement universitaire par l'Etat, modifiée par la loi du 6 juillet 1964 reconnaissait la « liberté scientifique » à tous les « membres du personnel enseignant » (art. 21). Les travaux préparatoires de la loi modificative de 1985 (Doc. parl., Sénat, session de 1984-1985, 801/1, p. 9) confirmaient que la liberté académique était la liberté d'opinion scientifique et que celle-ci pouvait être en péril si le moindre contrôle, fût-il indirect pouvait être exercé sur les convictions philosophiques dont un enseignement pouvait être imprégné.

⁵ Art. 151 de la Constitution, révisé en 1998.

⁶ La Communauté le contestait, motifs A.14.1, *in fine*, et A.21.1.

B.18.3. Par ailleurs, en disposant que « la liberté académique est respectée », l'article 13 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, même s'il est dépourvu de caractère directement contraignant, consacre également la liberté académique au rang de « valeur commune » de l'Union européenne.

C'est donc également à la lumière de cette disposition que la liberté académique impliquée par les articles 19 et 24, § 1er, de la Constitution doit s'interpréter ».

La liberté académique ainsi définie bénéficie directement aux enseignants et aux chercheurs. Il s'agit d'un nouveau développement de la liberté d'enseignement à la lumière de la liberté d'expression⁷. Au plan juridique, il y a entre la liberté académique et ces dispositions constitutionnelles un lien d'« implication », dans le texte français de l'arrêt, ou même d'inclusion, dans le texte néerlandais du même arrêt⁸. La Cour désigne de nouveaux bénéficiaires de la liberté d'enseignement garantie à l'article 24, §1^{er}. A côté des élèves et des parents, des pouvoirs organisateurs au nombre desquels la Cour avait déjà reconnu des universités⁹, il y a les enseignants et les chercheurs. La Cour crée un espace de liberté entre le pouvoir organisateur et l'enseignant ou le chercheur, à tout le moins dans l'université publique. Les garanties examinées par la suite (II) sont en effet destinées à assurer « l'indépendance des enseignants à l'égard de l'institution universitaire » (motifs B.21, B.24.2, B.25.5). En d'autres mots, une partie de la tension possible entre pouvoir organisateur et enseignant se résout au profit de la liberté de celui-ci.

Cette liberté n'est pourtant pas dans l'intérêt des titulaires. Elle est au profit de l'intérêt général : l'intérêt du développement du savoir et du pluralisme des opinions. Ce pluralisme est assuré par nature dans l'université publique. Le pouvoir organisateur communautaire tout comme l'institution universitaire publique dont la forme d'organisation et d'administration propres la distinguent de l'administration générale de la Communauté française¹⁰ sont en effet nécessairement neutres¹¹. Sur ce point du service de l'intérêt général, la liberté académique s'apparente aux immunités d'opinion et de vote des parlementaires dans

⁷ Tout en bénéficiant d'un statut constitutionnel par l'effet d'une décision du Conseil constitutionnel, la liberté académique n'a pas reçu tout à fait la même filiation en France. Dans sa décision du 20 janvier 1984, sur la loi relative à l'enseignement supérieur (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1984/83165dc.htm>), le Conseil constitutionnel français a considéré que les dispositions critiquées ne relevaient pas de la liberté de l'enseignement, mais étaient relatives à l'organisation d'un service public et aux droits et obligations des enseignants et chercheurs chargés de l'exécution de ce service et associés à sa gestion et, comme tels, relevant d'un statut différent de celui des personnes privées. En revanche, le Conseil constitutionnel a aussi établi que ce statut ne saurait limiter le droit à la libre communication des pensées et des opinions garanti par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen que dans la seule mesure des exigences du service en cause. « Considérant dès lors que, par leur nature même, les fonctions d'enseignement et de recherche non seulement permettent mais demandent, dans l'intérêt même du service, que la libre expression et l'indépendance des personnels soient garanties par les dispositions qui leur sont applicables » ; Y. GAUDEMET, L'indépendance des professeurs d'université, principe commun des droits constitutionnels européens, Dalloz, 1984, chron., p. 125. Aussi, la jurisprudence du Conseil d'Etat français, « L'indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur, principe fondamental reconnu par les lois de la République », concl. A-Fr. ROUL préc. C.E. fr., 9 juillet 1997, PICARD et a., R.F.D.A., 1998, pp. 625 et s.

⁸ « B.18.2. Vermits de academische vrijheid *begrepen* is in twee grondwettelijke bepalingen waarvan het Hof de naleving dient te verzekeren, staat het aan het Hof na te gaan of de in het derde middel bestreden bepalingen de academische vrijheid niet op onevenredige wijze beperken ». Aussi, B.18.3, al. 2 : « Het is ook in het licht van die bepaling dat de in de artikelen 19 en 24, § 1, van de Grondwet *vervatte* academische vrijheid moet worden geïnterpreteerd ». Souligné par nous.

⁹ Not. C.A., 23 février 2005, 44/2005, motif B.18.1 et B.21 ; reproduit in C.A., 11 janvier 2006, 2/2006, motif B.28.

¹⁰ C.A., 10 mai 1994, 38/94, motifs B.22 et B.23.

¹¹ Avis du Conseil d'Etat, sur l'avant-projet de décret « Bologne », Doc. Parl. Comm. fr., 498/1, pt. C.4., p. 115.

l'exercice des fonctions¹² ou à l'immunité de plaidoirie de l'avocat¹³, sans toutefois avoir la puissance de celles-ci puisque la liberté académique ne fait pas échapper le bénéficiaire aux responsabilités civiles ou pénales vis-à-vis des tiers ou même de l'université¹⁴. Elle empêche seulement que l'employeur de l'enseignant ou du chercheur puisse fonder des actes défavorables à ceux-ci dans des motifs tirés de l'usage de la liberté académique¹⁵.

Quant au contenu, c'est, pour les enseignants et les chercheurs, une grande liberté pour mener des recherches et exprimer leurs opinions dans l'exercice de leurs fonctions (motif B.18). Il y a deux pôles : la direction des recherches et l'expression des opinions. Dans la suite de l'arrêt, la Cour donne quelques précisions incidentes. Elle juge que l'article 67 ne peut avoir pour effet de restreindre le champ d'application de la liberté académique. « Il ne pourrait par conséquent aboutir à limiter à des choix pédagogiques ou au seul contexte des activités d'enseignement une liberté qui protège de manière générale les enseignants » (motif B.20.2). Plus loin encore, le législateur ne pourrait « aboutir à supprimer le droit de critique ou de remise en cause des dispositions du décret attaqué, sous peine de restreindre de manière disproportionnée et sans justification raisonnable la liberté d'expression des responsables d'un enseignement » (motif B.20.3). Le législateur peut restreindre la liberté académique, tout comme il peut apporter des limitations à la liberté d'expression et d'enseignement (motifs B.19.1 à B.19.3)¹⁶ mais l'article 67 ne peut créer de restriction supplémentaire à celles-ci

¹² Sur celle-ci, not., notre Droit public élémentaire en quinze leçons, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 162. Jugé récemment que l'immunité parlementaire établie à l'article 58 de la Constitution poursuit un but légitime, qu'elle s'applique aux opinions des commissions parlementaires, aux déclarations orales et aux écrits, à tous les travaux parlementaires ; qu'elle a pour conséquence aussi que l'opinion émise ne peut constituer une faute susceptible d'entraîner la responsabilité de l'Etat fédéral (Cass. (aud. plén.) 1^{er} juin 2006, J.T., 2006, p. 461, obs. S. van DROOGHENBROECK, *Roma locuta...causa finita ?*) ; cette décision casse l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles, du 28 juin 2005, J.T., 2005, p. 594, obs. M.-Fr. RIGAUX ; J.L.M.B., 2005, p. 1577, obs. M. UYTENDAELE, obs. J. WILDEMEERSCH ; C.D.P.K., 2005, obs. K. MUYLLE.

¹³ Art. 444 et 445 du Code judiciaire et not. G. de LEVAL, Institutions judiciaires, Liège, Ed. Collection scientifique de la Faculté de Droit, 1992, n° 360 ; sur les limites de cette immunité, récemment, Liège, 17 novembre 2005, J.T., 2006, pp. 466 et s., obs. F. GLANSDORFF, Immunité de la plaidoirie et responsabilité de l'avocat.

¹⁴ La responsabilité civile à l'égard des tiers et de l'employeur est atténuée, comme celle de tout travailleur sous contrat de travail ou statutaire en secteur public (pour ce dernier cas, voy. sp. la loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité des et pour les membres du personnel au service des personnes publiques, applicable aux services publics qui ont une dimension communautaire ou régionale (Exposé des motifs, Doc. Parl. Ch., 50-1736/001, p. 15), sous réserve des régimes particuliers organisés par la loi ou le décret (art. 8) ; sur cette loi et les atténuations de responsabilité, dans une perspective plus large, not. B. DUBUISSON, Les immunités civiles ou le déclin de la responsabilité individuelle : coupables mais pas responsables, in Droit de la responsabilité, morceaux choisis (dir. B. DUBUISSON et P. HENRY), Commission Université-Palais, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 69 et s., sp. n°s 22 et 26)). A notre connaissance, la Communauté française n'a pas adopté de règlement spécifique de la responsabilité du personnel enseignant universitaire alors qu'elle est intervenue dans d'autres secteurs (Décret du 24 juillet 1997 fixant le statut des membres du personnel directeur et enseignant et du personnel auxiliaire d'éducation des hautes écoles organisées ou subventionnées par la Communauté française, art. 104 (écoles libres) ; Décret du 1^{er} février 1993 fixant le statut des membres du personnel subsidiés de l'enseignement libre subventionné, art. 6).

¹⁵ Rappr., dans le cas d'un licenciement d'un journaliste par la RTBF, C.T., Bruxelles, 23 mai 2006, http://www.juridat.be/cgi_juris/jurf.pl (Est inspiré par un motif illicite et est donc abusif le licenciement qui constitue une mesure de rétorsion à l'encontre d'un employé ayant exercé son droit à la liberté d'expression et ayant assumé sa responsabilité de journaliste dans les limites compatibles avec son devoir de loyauté à l'égard de l'employeur).

¹⁶ « B.19.1. La liberté académique n'est pas illimitée puisqu'elle s'exerce dans le même cadre normatif que la liberté d'expression et la liberté d'enseignement. Les restrictions apportées à la liberté académique doivent donc être examinées en fonction des restrictions admises pour ces deux libertés. B.19.2. L'article 10.2 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose que la liberté d'expression peut être soumise à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions, prévues par la loi, qui constituent, dans une société

(motif B.20.3) et ce n'est que dans cette interprétation conciliante¹⁷ que la disposition critiquée résiste au contrôle de la Cour (motif B.20.4). La Cour reproduira cette réserve dans le dispositif de l'arrêt¹⁸.

La liberté académique permet donc à tout le moins de faire les choix pédagogiques, elle déborde « le seul contexte des activités d'enseignement » et assure le droit de critiquer les textes législatifs qui règlent l'enseignement universitaire. Néanmoins préciser davantage n'est pas si facile. Pour un professeur, la liberté est d'abord d'établir ce que recouvre l'intitulé de son cours puis d'en choisir le plan, d'exposer ceci plutôt que cela, de choisir aussi les supports utilisés, des transparents, des syllabus, des ouvrages, de décider du mode de leur diffusion, de l'importance du travail exigé des étudiants¹⁹, des lectures nécessaires avant les cours ou la session, d'une pédagogie active ou passive, de la formulation des questions de l'examen et du mode de celui-ci puisque, dans la tradition belge, les professeurs qui ont dispensé l'enseignement sont aussi ceux qui évaluent les connaissances, de la fixation de la note communiquée au jury. Ceci n'a rien d'exhaustif.

La tension entre le choix individuel et les aspirations collectives ne peut être dissimulée. Revient-il au professeur de décider, par exemple, qu'il ne mettra pas de notes de cours à disposition en première année alors que l'université, la faculté ou le département souhaite que les cours de première année bénéficient d'un support écrit ? Il faut examiner de la même façon les décisions de type facultaire ou de jury d'organiser un enseignement de tel type. Par exemple, le choix de réorganiser un ensemble d'enseignements sous la forme de cours d'approche par problèmes, forme dite de *learning* global à la place de l'enseignement ex cathedra (aujourd'hui *teaching...*) peut-il être imposé à celui qui n'en veut pas ? Une conception absolue de la liberté académique dans son aspect de liberté pédagogique imposerait une réponse négative. L'arrêt écarte une telle conception mais seulement sous l'important bénéfice de la garantie organique d'intervention du législateur et de la garantie

démocratique, des mesures nécessaires à la protection des objectifs d'intérêt général mentionnés dans cette disposition conventionnelle. L'article 19 de la Constitution admet également des limitations à la liberté d'expression. B.19.3. De même, la liberté d'enseignement garantie par l'article 24, § 1er, de la Constitution n'est pas illimitée et ne s'oppose pas à ce que le législateur décrète, en vue de préserver l'intérêt général et d'assurer la qualité de l'enseignement dispensé au moyen des deniers publics, impose certaines conditions qui restreignent la liberté d'enseignement. De telles mesures ne sauraient en soi être considérées comme une atteinte à la liberté d'enseignement. Il en irait autrement s'il devait apparaître que les limitations concrètes qu'elles apportent à cette liberté ne sont pas adéquates à l'objectif poursuivi ou sont disproportionnées par rapport à celui-ci ».

¹⁷ Sur cette méthode, B. LOMBAERT, Les techniques d'arrêt de la Cour d'arbitrage, Rev. B. Dr. Const., 1996, pp. 325 et s.

¹⁸ Dans un arrêt ultérieur, la Cour ne s'est pas expressément référée à la liberté académique mais elle a à nouveau insisté sur « la liberté en matière de contenu et de pédagogie qu'implique la liberté d'enseignement garantie par l'article 24, § 1^{er}. Plus précisément elle a jugé : « B.18.3. Il n'appartient pas à la Cour de juger si les garanties de qualité génériques litigieuses sont opportunes ou souhaitables. Il lui incombe toutefois d'apprécier si, confrontées aux critiques formulées par les parties requérantes, les garanties de qualité génériques auxquelles une formation doit répondre pour être accréditée ou agréée comme nouvelle formation ne portent pas atteinte à la liberté en matière de contenu et de pédagogie qu'implique la liberté d'enseignement garantie par l'article 24, § 1er, de la Constitution ou ne sont pas disproportionnées, en excédant ce qui est nécessaire à la réalisation de l'objectif visé, qui est de garantir la qualité de l'enseignement qu'un établissement doit offrir pour pouvoir délivrer des diplômes de bachelier et de master reconnus au niveau international et d'aboutir, dans le cadre de cette gestion de la qualité, à des critères et des méthodologies comparables sur le plan international (voy. à cet égard *Doc. parl.*, Parlement flamand, 2002-2003, n° 1571/1, pp. 5-8 et 16-17) ».

¹⁹ En appréciant raisonnablement le nouvel espace contraint des *crédits* (ex-ECTS).

matérielle de proportionnalité à un but légitime. Le conseil d'administration²⁰, la faculté ou le département²¹ doit donc trouver dans le décret une habilitation suffisamment précise pour être régulière²² et en faire usage d'une manière suffisamment modérée pour s'accorder au principe de la liberté pédagogique. Certaines limites sont claires comme celles qui résultent du règlement des examens ou de la procédure d'évaluation. En outre, il est certain que les choix pédagogiques du professeur ne sont pas purement discrétionnaires. Ils doivent en effet pouvoir être expliqués par lui et soumis à la critique des pairs. Aucune formalisation ni sanction de celle-ci n'est réglée. Il n'est pas sûr que la « détitularisation » examinée dans la suite, (II) permette à l'institution de surmonter autoritairement un différend persistant sur les méthodes pédagogiques (Sp. II, in fine, et motif B.25.5 de l'arrêt). Au demeurant, l'institution rédige le cahier des charges des cours et peut imposer, à l'entrée, certaines méthodes ou préciser le contenu. Le principe de proportionnalité interdit toutefois à l'institution une description tatillonne qui réduirait excessivement la liberté qui doit revenir au professeur. En principe, c'est lui qui connaît le mieux l'état de l'art dans la matière de sa responsabilité²³ et sait comment articuler son enseignement et ses propres recherches. D'autres choix universitaires fondamentaux sont forcément collectifs : les programmes relèvent soit du législateur, soit du conseil d'administration.

La liberté académique, c'est aussi le droit du professeur de dire ce qu'il pense des phénomènes qu'il décrit et des constatations, analyses ou opinions des autres. En sciences humaines, en droit, c'est le droit d'être strictement positiviste ou de porter un jugement de valeur sur les options idéologiques des systèmes étudiés. En d'autres mots, il lui revient de dire ce qu'il croit bon ou mauvais, soit pour montrer que des moyens ne sont pas en relation avec des fins affirmées, soit pour critiquer les fins elles-mêmes. A notre avis, il y a même une forme de devoir d'inviter par l'exemple les étudiants à développer leur sens de la critique et de la justice que l'excès de technique pourrait émousser. Les situations ne sont pas toutes également graves mais la vigilance s'impose. Paul MARTENS écrivait justement ceci qui peut être transposé de la fonction de juger à la vie académique : « Le malheur veut que certains ont confondu la science du droit avec l'art de juger, le principe de légalité et le principe d'indifférence. S'interdisant de juger la norme, ils se condamnaient à la servir jusque dans ses applications monstrueuses : le génocide même devint un 'crime de bureau' »^{24, 25}.

²⁰ On verra dans la suite que certaines habilitations du décret à d'autres autorités que le Gouvernement, notamment au Conseil d'administration de l'Université, ne sont pas jugées contraires à l'article 24, §5, de la Constitution.

²¹ Dans l'université publique, la faculté ou le département ne donne le plus souvent qu'un avis au conseil d'administration. Mais on sait la puissance d'un avis puisque l'autorité destinataire ne peut surmonter un avis que par une décision dont les motifs rencontrent l'avis (not. C.E., 19 juin 2003, SA MOBISTAR, 120753).

²² L'article 23 du décret « de Bologne » qui impose la publication des caractéristiques des enseignements n'exclut en tout cas pas que les options pédagogiques (2° la description des objectifs, du contenu et des sources, références et supports éventuels; 7° la description des activités particulières, les méthodes d'enseignement et d'apprentissage mises en oeuvre; 8° le mode d'évaluation et la pondération relative des diverses activités) soient déterminées par l'enseignant. En effet, l'article 67 relatif à la liberté académique, cité au texte, met celle-ci en relation avec « le choix des méthodes pédagogiques, des contenus scientifiques et techniques, de l'évaluation et des diverses activités mises en oeuvre ».

²³ Cette dernière justification perd de sa valeur dans les institutions d'une certaine taille quand plusieurs professeurs d'une même matière spécialisée se côtoient.

²⁴ Paul MARTENS, *Encore la dignité humaine : réflexion d'un juge sur la promotion par les juges d'une norme suspecte*, in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Mélanges en l'honneur de Pierre Lambert, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 561 et s., sp. p. 577.

²⁵ Comp. avec la neutralité réglée par les décrets de la Communauté française du 31 mars 1994 « définissant la neutralité de l'enseignement de la Communauté » et du 17 décembre 2003 « organisant la neutralité inhérente à l'enseignement officiel subventionné et portant diverses mesures en matière d'enseignement » ; sur différentes manières de concevoir cette neutralité, V. DORTU, *Pluralisme et neutralité : les enjeux d'une éthique*

Dans le domaine de la recherche, le choix des thèmes relève de la liberté. Un principe de raison s'impose. D'abord, il y a obligation d'avoir des activités de recherche, sauf dispense par l'institution, mais il y a aussi le droit d'en définir le rythme et le degré d'approfondissement, de s'astreindre régulièrement au silence « qui fait partie intégrante de la recherche »²⁶. Ensuite, il faut rendre compte de l'utilisation des moyens mis à disposition par la communauté. La responsabilité de la direction du personnel scientifique dans les activités de recherche ne va pas sans bilan. Vient alors le cœur de la liberté : les inflexions données aux recherches. Pas de sujet tabou. L'institution ne peut censurer. Mais peut-on lui faire reproche de demander des comptes à celui qui mène des recherches dans un secteur alors qu'il ne cultive pas celui qui relève de sa charge ? Ce n'est pas la même chose que censurer mais l'on voit bien que c'est délicat. Puis il y a le droit de publier. De publier même et surtout ce qui déplaît. C'est d'ailleurs le sens de la liberté d'expression²⁷ à laquelle la Cour a relié la liberté académique. Le recteur peut-il souhaiter que tel article critique de la politique du gouvernement pouvoir organisateur ne soit pas publié ? Bien sûr qu'il peut le souhaiter et le dire. Peut-il l'interdire ou le reprocher activement ? La réponse est non. De son côté, le bénéficiaire de la liberté doit être toujours prêt à justifier ses choix en toute responsabilité, morale et juridique²⁸.

Nous avons observé que la définition donnée par la Cour d'arbitrage protégeait le chercheur qui n'est pas nécessairement enseignant. La liberté académique bénéficie donc aux membres du personnel scientifique placés ou non sous la direction d'un professeur. Dans la relation au personnel scientifique, le chef de service devient aussi « l'institution » contre laquelle la liberté académique protège. Pourtant les « garanties » examinées par la suite (II) ne valent comme telles que pour les enseignants statutaires. La liberté du choix des méthodes et des thèmes de recherches développées dans l'exercice des fonctions est ici subordonnée aux choix du chef de service ; en revanche, la capacité de publier n'est pas limitée. La situation du chercheur sous contrat est plus délicate. Engagé pour une mission particulière, sa capacité de création peut être limitée et son droit de diffusion entravé par une exigence légitime de confidentialité. La liberté académique permet d'accepter cette discrétion pourvu que le bénéfice de cette recherche rejaillisse d'une manière ou d'une autre sur l'enseignement ou les autres recherches communicables.

La propriété des droits intellectuels liés à la recherche ou aux publications nous semble devoir être traitée séparément. Le choix de publier et de toutes les modalités de publication relèvent

professionnelle, Puzzle, ULg, juin 2006, pp. 8 et s. Ces décrets contiennent d'utiles principes mais ils ne sont compatibles avec la liberté académique que s'ils sont très bien compris dans le sens que nous avons donné au texte. Nous pensons à l'article 4, in fine, du décret du 31 mars 1994 : « *Devant les élèves, il s'abstient de toute attitude et de tout propos partisans dans les problèmes idéologiques, moraux ou sociaux, qui sont d'actualité et divisent l'opinion publique; de même, il refuse de témoigner en faveur d'un système philosophique ou politique, quel qu'il soit* et, en dehors des cours visés à l'article 5, il s'abstient de même de témoigner en faveur d'un système religieux. De la même manière, il veille à ce que sous son autorité ne se développe ni le prosélytisme religieux ou philosophique, ni le militantisme politique organisés par ou pour les élèves »

²⁶ X. THUNIS, *Libres propos sur les recherches en Faculté de droit*, R.I.E.J., 1995, 35, pp. 117 et s., sp. p. 118.

²⁷ F. SUDRE, J.P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE et M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2^{ème} Edition, 2004, p. 452.

²⁸ L'auteur est responsable de la publication. Une autre note pourrait être consacrée à l'examen des limites de l'analogie entre la liberté académique et la liberté de la presse, protégée par la responsabilité en cascade (sur l'articulation de celle-ci avec les exonérations de responsabilité du travailleur sous contrat de travail et avec la responsabilité de l'employeur dans le cas d'un journaliste sous contrat de travail, C.A., 22 mars 2006, 47/2006, J.T., 2006, pp. 458 et s., obs. E. MONTERO, *Quand la responsabilité en cascade cessera-t-elle de faire des vagues ?*).

de la liberté académique. La perception des droits d'auteurs par l'auteur relève de sa relation avec son employeur. Généralement, les droits sont pour l'auteur. Les inventions et leur protection font l'objet de conventions. La liberté académique ne couvre évidemment pas les infractions. La cleptomanie scientifique n'est pas protégée.

La liberté ainsi reconnue ne porte que sur l'exercice des fonctions (motif B.18.1, précité). Le périmètre des fonctions s'étend aux trois catégories d'activités dans lesquelles les professeurs peuvent être désignés : l'enseignement, la recherche, les services à la communauté avec la question toujours posée et porteuse de nuances de savoir si cette communauté est la communauté universitaire ou la Cité dans son ensemble²⁹. Aux Etats-Unis, l'association des professeurs d'université revendiquait la liberté académique de s'exprimer en dehors de l'institution sans référence à un devoir professionnel ou à une expertise technique³⁰, pour faire pièce à la chasse aux sorcières au temps du maccarthysme, notamment. En limitant la liberté académique à l'exercice des fonctions, la Cour fait la part des choses. Les opinions qui ne se rattachent pas aux fonctions ne sont pas protégées par la liberté académique. Ce n'est pas pour autant que l'université puisse nécessairement reprocher à l'enseignant une opinion émise par lui en dehors de ses fonctions. Au contraire, en principe les opinions émises par l'enseignant en dehors de ses fonctions échappent à l'employeur, sauf à l'université à montrer qu'elles ont eu un impact sur la fonction. Ce problème est connu dans le domaine des devoirs des fonctionnaires et de la discipline³¹ avec laquelle on ne peut confondre le champ de la liberté académique. Plus généralement, l'instauration d'un régime disciplinaire du personnel académique des universités de l'Etat par le même décret « Bologne » rend évidemment le rapprochement indispensable. Le législateur n'a toutefois pas donné de précision sur les faits disciplinaires³². La liberté académique et la déontologie sont deux champs différents entre lesquels il faut éviter la percolation³³. Celle-ci existe pourtant³⁴. La déontologie borde, entoure la liberté académique. La liberté académique n'est pas celle d'être absent sans justification, pour prendre un exemple simple. L'on a parfois confondu et renoncé à prendre les mesures qu'imposait la déontologie en voyant, à tort³⁵, un obstacle à celles-ci dans les

²⁹ A ce sujet, lis. not. B. RENTIER, La troisième mission, <http://recteur.blogs.ulg.ac.be/?cat=5>.

³⁰ Elvio BUONO, Les fondements de la liberté académique des professeurs d'université en droit canadien et américain, *Hermès Revue critique*, 3, hiver 1999, <http://pages.globetrotter.net/charro/HERMES3/buono1.htm>

³¹ Not. l'arrêté royal du 22 décembre 2000 fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'Etat applicables au personnel des services des Gouvernements de Communauté et de Région et des Collèges de la Commission communautaire commune et de la Commission communautaire française ainsi qu'aux personnes morales de droit public qui en dépendent, art. 5, § 2 : « Les agents évitent, en dehors de l'exercice de leur fonction, tout comportement qui pourrait ébranler la confiance du public dans leur service » ; aussi, not. l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 18 avril 2003 portant le code de déontologie des membres du personnel des services du Gouvernement de la Communauté française et de certains organismes d'intérêt public, art. 13 et s.. Relativement à la dignité de la vie privée des avocats, G. de LEVAL, o.c., n°368.

³² Nouveaux articles 49quinquies et s. de la loi du 28 avril 1953 introduits par l'article 145 du décret du 31 mars 2004.

³³ Ce que craignent les requérants, motif A.18.2.

³⁴ Les tout premiers mots de la réflexion intitulée « Regards croisés sur la liberté académique » (Académia, Bruylant, 1995, p. 7), par le groupe néo-louvaniste Martin V, sont « Faculté du génie solitaire et assurance du prophète dérangeant, la liberté académique peut servir aussi de protection au chercheur embourbé, au conformiste, à l'aveugle, au paresseux ». C'est également sur ce terrain que s'est placée Mme la Ministre Dupuis dans sa brève réponse à une question de M. de Lamotte sur le sens de la liberté académique « dans le respect des dispositions de ce décret », Doc. Parl. Comm. fr., 498 (2003-2004)/3, Rapport, p. 50.

³⁵ Comme l'observait le Conseil d'Etat dans son avis du 14 novembre 1984 sur un avant-projet de loi « sur l'enseignement » (Doc. Parl. S., 841 (1984-1985)/1, p. 32 : « Par ailleurs, pour quels motifs autres que les convictions philosophiques marquant son enseignement réduira-t-on, contre son gré, la charge d'un membre du personnel enseignant ? Il en est un qui s'impose avec évidence : la négligence grave par l'intéressé des devoirs

garanties de la liberté académique. Une des fins du démantèlement de ces garanties fut de permettre le règlement de problèmes déontologiques.

II.- Les garanties

On s'accordait à voir dans les dispositions de la loi du 28 avril 1953 sur l'organisation de l'enseignement universitaire par l'Etat une série de garanties de la liberté académique. Depuis une loi du 21 juin 1985, il était permis au conseil d'administration de l'université publique de modifier les charges des membres du corps enseignant. Ces charges avaient donc perdu leur caractère d'immutabilité³⁶, écrivait M. LEWALLE, « mais des garanties de procédure ont été prévues pour éviter que ces modifications ne soient décidées pour des raisons purement idéologiques ou qu'elles n'affectent, sans le consentement des intéressés, les titres et droits donc ils sont titulaires »³⁷. De ce régime équilibré³⁸, on retiendra quatre choses : le principe de la charge à vie sauf accord du titulaire, la modification exceptionnelle contre l'accord du titulaire fondée sur un large consensus (majorité des deux tiers au conseil d'administration, avis conforme des organes dont relève la charge, essentiellement la faculté, à la majorité des deux tiers), la sonnette d'alarme idéologique à la disposition d'un quart des membres du conseil d'administration, le maintien du statut de l'intéressé³⁹.

Sans bien montrer le rapport entre les charges académiques à l'université publique et la réforme liée au processus de Bologne, sans évaluer non plus la pertinence du dispositif existant⁴⁰, le législateur décide de modifier l'organisation de l'attribution des cours et des charges dans l'université publique. Le principe de la charge à vie disparaît au profit d'une

de sa fonction. Or le droit commun permet déjà, sur cette base, de réduire la charge d'enseignement, voire de la lui enlever entièrement ».

³⁶ Distinction avec l'inamovibilité du juge garantie par l'article 152 de la Constitution.

³⁷ Paul LEWALLE, Le cadre légal et réglementaire de 1967 à 1992, in *Liber Memorialis 1967-1992*, Université de Liège, 1993, pp. 79 et s., sp. p. 104.

³⁸ Le législateur avait voulu « répondre au souci du Conseil d'État » (Doc. parl., Sénat, session de 1984-1985, 801/1, p. 13), en réalisant une conciliation équilibrée entre les intérêts de l'université appréciés par son conseil d'administration, les droits de l'enseignant concerné, mais aussi les objectifs et valeurs garantis par l'octroi de la liberté académique. Voir aussi une note inédite de Paul DELNOY, « Observations sur le titre VI – chapitre VI de l'avant-projet de décret », datée du 8 novembre 2003, p. 5.

³⁹ Ainsi, avant l'intervention du décret du 31 mars 2004, « le conseil d'administration fixe la charge de chaque membre du personnel enseignant [et] lui attribue le caractère à temps plein ou à temps partiel » (art. 21, § 1^{er} de la loi de 1953). Cette charge n'est pas nécessairement immuable au cours de la carrière. Elle peut être modifiée par le Conseil d'administration (à la majorité simple des présents). La modification « se fait sur avis de l'organe dont relève la charge, et après que l'accord de l'intéressé ait [*sic*] été demandé » (art. 32 § 1^{er}, al. 1^{er} de la loi de 1953). Toutefois si l'intéressé n'a pas marqué son accord sur la modification de sa charge, « le conseil d'administration ne peut procéder à la modification que sur décision motivée prise à la majorité des deux tiers des membres présents et après avis motivé et conforme de l'organe dont relève la charge, émis également à la majorité des deux tiers des membres présents. L'intéressé doit être préalablement entendu » (art. 32, § 2, al. 1^{er}). Au surplus, « si un quart au moins des membres présents du conseil d'administration adopte au cours de la même réunion une motion motivée selon laquelle la décision de révision de la charge a été prise sur base [*sic*] de convictions idéologiques ou philosophiques, l'exécution de cette décision est suspendue » et le ministre a trente jours pour annuler la décision (art. 32, § 2, al. 3 et 4 de la loi de 1953). Enfin « aucune modification de la charge ne peut avoir pour effet de modifier, sans l'assentiment des intéressés, les titres et les droits dont ils sont titulaires » (art. 32, § 3 de la loi de 1953).

⁴⁰ On note le laconisme du Projet de décret définissant l'enseignement supérieur, favorisant son intégration à l'espace européen de l'enseignement supérieur et finançant les universités, Doc. Parl. Comm. fr., 498 (2003-2004) - N° 1 - 6 février 2004, p. 5 : « Un chapitre est consacré à la modernisation de la réglementation des universités publiques, principalement à l'actualisation de dispositions obsolètes dans la loi de 1953 », aussi, p. 15 ; sur l'absence de démonstration du défaut de pertinence du système antérieur, la note inédite de Paul DELNOY, préc.

attribution temporaire, dans un « domaine », pour une durée fixée au maximum à cinq ans, renouvelable. L'accord de l'intéressé est remplacé par un avis en cas de modification ou de renouvellement de la charge. La loi ne règle plus la procédure. Le large consensus sur le cas particulier n'est plus imposé : aucune majorité spéciale au sein du conseil d'administration, plus d'avis conforme de la faculté mais un avis simple. Un règlement du conseil d'administration règlera toutefois la procédure et il est prévu que ce règlement général soit adopté à une majorité des deux tiers des membres présents⁴¹. Plus aucune garantie idéologique n'est prévue⁴². Enfin, ce système de la « détitularisation » entre immédiatement en vigueur⁴³. Le principe de l'absence d'incidence de la modification imposée sur le statut est toutefois maintenu⁴⁴.

La garantie d'indépendance du professeur dans sa relation à l'Etat employeur est un des pôles de la liberté académique (*Lehrfreiheit*) identifiés en Allemagne à la fin du dix-neuvième siècle. Les autres étant la liberté de l'étudiant (*Lernfreiheit*) et l'autonomie de l'université (*Freiheit der Wissenschaft*). La liberté académique affranchit les professeurs, agents de l'Etat, de l'autorité hiérarchique de celui-ci⁴⁵. Les règles de la loi de 1953 que nous avons rappelées étaient bien de nature à garantir cette indépendance du professeur dans sa relation avec l'université publique, autorité déconcentrée de l'Etat puis de la Communauté. Le nouveau système d'attribution temporaire des charges et la réduction des garanties de l'enseignant en cas de modification sont-ils compatibles avec la liberté académique ? La Cour donne finalement une réponse affirmative mais ce n'est qu'après avoir introduit certaines précisions qui complètent impérativement le dispositif législatif.

La Cour d'arbitrage fait en effet le lien entre liberté académique et indépendance des enseignants à l'égard de l'institution universitaire, nous l'avons souligné. Cette indépendance doit être « garantie par les dispositions qui leur sont applicables ». La Cour fait ici au législateur une obligation positive. Elle avait déjà établi les limites de l'ingérence dans la liberté, obligations négatives. Elle ajoute une obligation positive de garantie et elle va s'attacher à vérifier si le législateur communautaire s'en acquitte à suffisance⁴⁶.

Le principe de la « détitularisation » ne peut être considéré « en soi » comme une atteinte disproportionnée à la liberté académique, « le respect de celle-ci n'impliquant pas l'attribution définitive de la même charge d'enseignement » (motif B.24.1). La Cour l'affirme en se référant aux objectifs du décret, notamment une demande de souplesse introduite par l'Université de Liège elle-même (motif B.23.1), et après avoir constaté que la modification éventuelle de la charge était sans effet sur la nomination et les droits de l'enseignant (motif B.23.2).

⁴¹ Il faut noter que le texte présenté par Mme la Ministre Dupuis au Parlement de la Communauté avait été quelque peu retravaillé à la suite d'observations formulées par des professeurs des universités et finalement par le conseil d'administration de l'Université de Liège. Ainsi, le mot contrat fut abandonné pour qualifier le procédé de définition quinquennale de la charge et la décision de faire régler la procédure par un règlement général du conseil d'administration fut adoptée.

⁴² Art. 138 du décret.

⁴³ Art. 161 du décret.

⁴⁴ Art. 32, § 3, de la loi : « Aucune modification de la charge ne peut avoir pour effet de modifier, sans l'assentiment des intéressés, les titres et les droits dont ils sont titulaires ».

⁴⁵ Elvio BUONO, o.c.

⁴⁶ « B.21. La liberté académique requiert que l'indépendance des enseignants à l'égard de l'institution universitaire soit garantie par les dispositions qui leur sont applicables. C'est à la lumière de cette exigence d'indépendance des responsables d'un enseignement que la Cour devra examiner les règles relatives à l'attribution, au renouvellement ou à la modification des charges d'enseignement dans l'enseignement universitaire organisé par la Communauté ».

Mais la Cour ne s'arrête pas là. Si le principe de la détitularisation n'est pas « en soi » incompatible avec la liberté académique, il reste à examiner les conditions de l'application de ce principe. Le premier problème posé était celui de la distribution des compétences. En effet, l'article 24, §5, de la Constitution réserve au législateur lui-même « l'organisation, la reconnaissance ou le subventionnement de l'enseignement par la Communauté ». L'absence de procédure réglée par décret, la délégation au conseil d'administration étaient-elles constitutionnelles ? Dans sa jurisprudence, la Cour avait déjà jugé que l'article 24, §5, n'empêchait pas qu'une compétence individuelle ou réglementaire soit confiée au gouvernement ou même à d'autres autorités, comme les universités, pour autant que les principes aient été fixés par le législateur lui-même⁴⁷. Tel est bien le cas, juge la Cour, dans un premier temps : « le législateur décréte ne délègue aucun élément essentiel d'organisation de l'enseignement mais confie au contraire le soin de déterminer les conditions du renouvellement et de la modification éventuelle de la charge à l'organe le mieux à même d'apprécier les impératifs de bon fonctionnement de l'institution universitaire » (motif B.25.3).

Toutefois, le décret aurait dû être un peu plus complet pour protéger à suffisance l'indépendance des enseignants à l'égard de l'institution universitaire. La Cour observe la présence de garanties essentielles (avis de l'intéressé et de l'organe dont relève la charge, maintien des droits) mais la Cour ajoute qu'il est « nécessaire, lorsqu'une proposition de modification du contenu de la charge ne recueille pas l'accord de l'intéressé », que le règlement général que le conseil d'administration doit établir à la majorité des deux tiers contienne des « garanties procédurales spécifiques qui soient de nature à empêcher que cette modification ne constitue en réalité une menace ou une pression qui entrave la liberté académique et porte atteinte à l'indépendance des enseignants à l'égard de l'institution universitaire » (motif B.25.5). C'est sous réserve de cette interprétation, reproduite aussi dans le dispositif de l'arrêt, que la Cour décide que les conditions d'application du principe de la « détitularisation » ne sont contraires ni à l'article 24, §5, de la Constitution, ni à la liberté académique garantie par les articles 19 et 24, §1^{er}, de la Constitution⁴⁸. Cette réserve revient en fait à compléter le décret et à limiter la délégation accordée. Elle permet d'éviter d'annuler en donnant une certaine satisfaction aux requérants.

Le dispositif antérieur imposait de lourdes garanties procédurales d'application automatique pour la décision individuelle de modification de charge et prévoyait en outre la garantie de la sonnette d'alarme idéologique à actionner le cas échéant. Dans son motif restitutoire, en imposant l'adoption de « garanties procédurales spécifiques », la Cour d'arbitrage ne distingue pas entre divers types d'atteintes, elle n'identifie pas spécialement les questions idéologiques parmi les menaces ou les pressions mais il est évident qu'elle ne perd pas de vue le « pluralisme des opinions » dont elle a fait un élément de la liberté académique (motif B.18.1).

⁴⁷ C.A., 8 février 1996, 11/96 ; C.A., 15 mai 1996, 30/96 ; X. DELGRANGE, « S.O.S. Bonheur », note sous Cass, 6 septembre 2002 (deux arrêts) et C.A., 9 avril 2003, R.J.C.B., 2005, pp. 26 et s., sp. n° 30 ; C.A., 11 janvier 2006, 2/2006, motif B.14.2. Sur le renforcement de l'exigence de légalité après la révision constitutionnelle, D. DÉOM et H. SIMONART, *Le cadre législatif des études de droit en Communauté française*, Ann. Dr. Louvain, 2000, pp. 3 et s., sp. pp. 22 et s.

⁴⁸ Quant à l'application immédiate de la « détitularisation » aux professeurs en fonction : « B.25.6. Ces garanties sont par ailleurs suffisantes pour que l'application immédiate du principe de « détitularisation » prévue par l'article 161 du décret du 31 mars 2004 ne constitue pas une atteinte discriminatoire aux attentes légitimes des requérants, qui ne pouvaient d'ailleurs prétendre, sous l'empire de la réglementation antérieure, à ce que le contenu de la charge qui leur est attribuée ne puisse en aucun cas être modifié ».

A l'Université de Liège, dans le cas de défaut de consensus, ce règlement général prévoit la consultation d'une commission interne « des sages »⁴⁹ et rétablit certaines garanties de majorité pour la décision individuelle⁵⁰. En outre, le règlement modifié après l'arrêt de la Cour d'arbitrage porte que la commission des sages « doit solliciter l'avis préalable d'un expert extérieur, indépendant et impartial, lorsque, à son estime, le dossier révèle qu'une divergence de vues constitue ou est raisonnablement susceptible de constituer, en réalité, une menace ou une pression mettant en cause la liberté académique de l'intéressé ».

III.- La liberté académique au-delà de l'université publique ?

Cette liberté académique déduite de la Constitution et de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme vaut à coup sûr pour l'université publique⁵¹. Est-ce là tout son champ d'application ?

L'égalité devant la loi ou le décret s'impose entre les élèves, étudiants, parents, membres du personnel et établissements d'enseignement mais « la loi ou le décret prennent en compte les différences objectives, notamment les caractéristiques propres à chaque pouvoir organisateur, qui justifient un traitement approprié » (art. 24, §4, Const.). Plusieurs arrêts de la Cour d'arbitrage avaient déjà souligné les différences objectives entre les universités publiques et les universités privées subventionnées. Une de ces différences est la nature de la relation juridique entre les membres du personnel et les universités : statutaire dans le principe en ce qui concerne les universités publiques, contractuelle en ce qui concerne les universités libres⁵². Et la Cour avait justifié cette distinction par la nécessité pour le pouvoir organisateur de l'enseignement libre de choisir le personnel qui sera chargé de mener à bien la réalisation des objectifs pédagogiques propres⁵³. Dans le cas de l'université libre, le choix du contrat a été mis en relation avec la liberté dans le choix du personnel⁵⁴. Or, contrairement à

⁴⁹ Les membres (titulaires et suppléants) sont des enseignants de plus de quatre ans d'ancienneté, qui n'exercent pas de mandat d'autorité académique dans l'institution. Ils sont nommés chaque année, à raison d'un membre par chaque conseil de faculté, à la reprise des cours et non pas *ad hoc*. L'audition est réglée, la commission a de larges pouvoirs d'instruction.

⁵⁰ « Le conseil d'administration ne peut prendre une décision de renouvellement ou de modification du contenu de la charge que sur la base de l'avis de la commission des sages. Si la décision s'écarte de cet avis, elle ne peut être prise qu'à la majorité des deux tiers des membres présents ».

⁵¹ L'article 13 de la Charte européenne, certes non contraignant, ne fait pas de distinction et peut viser aussi l'université privée (Les arts et la recherche scientifique sont libres. La liberté académique est respectée, http://www.ec.europa.eu/justice_home/unit/charte/fr/charter-freedoms.html).

⁵² Not. C.A., 14 décembre 1995, 82/1995.

⁵³ C.A., 1^{er} avril 1993, 28/1993, motif B.33 ; ég. C.A., 26 avril 1998, 34/1998, motif B.44.

⁵⁴ C.A., 17 juin 1999, 66/1999 ; C.A., 29 mars 2000, 34/2000 ; C.A., 8 mai 2002, 87/2002 ; C.A., 1^{er} juin 2005, 97/2005 (« B.8. Le principe d'égalité en matière d'enseignement ne saurait d'ailleurs être dissocié des autres garanties en matière de liberté d'enseignement. L'article 24, § 1^{er}, de la Constitution l'affirme : l'enseignement est libre. Cette disposition implique, d'une part, que la dispensation d'un enseignement n'est pas une matière réservée aux pouvoirs publics et, d'autre part, qu'un pouvoir organisateur de l'enseignement libre subventionné, pour autant qu'il respecte les dispositions concernant le subventionnement, le contrôle qualitatif et l'équivalence des diplômes et certificats - conditions qui ne sont pas en cause en l'espèce -, peut offrir un enseignement qui, contrairement à celui de l'enseignement officiel, est basé sur une conception philosophique, idéologique ou religieuse de son choix. La liberté d'enseignement implique la liberté, pour le pouvoir organisateur, de choisir son personnel. La liberté de choix a donc des répercussions sur les rapports de travail entre ce pouvoir organisateur et son personnel et justifie que la désignation et la nomination du personnel de l'enseignement libre subventionné se fassent par contrat. »). Aussi D. DÉOM, Enseignement libre et autorité administrative : dis-moi oui, dis-moi non, A.P.T., 2004, pp. 95 et s., sp. p. 96 et p.102 ; X. DELGRANGE, note sous Cass, 6 septembre 2002 (deux arrêts) et C.A., 9 avril 2003, R.J.C.B., 2005, pp. 26 et s., sp. n°s 12 et s. et n° 20 ; N. BANNEUX, La

l'université publique, le pouvoir organisateur de l'université libre peut légitimement, constitutionnellement, développer une idéologie⁵⁵ et décider en conséquence que les enseignants et les chercheurs aligneront leurs propos ou leurs recherches sur celle-ci⁵⁶. Un groupe de réflexion constitué au sein de l'Université catholique de Louvain voyait dans l'acceptation par le scientifique d'une obligation de rendre compte à la communauté ecclésiastique, locale ou universelle, ou à la société civile, un « risque » pour la liberté académique « que l'on jugera d'autant plus grave que la compétence de ces autorités ne porte pas sur l'ordre intellectuel »⁵⁷. A notre sens, au moins jusqu'à l'arrêt 167/2005, en droit de l'Etat, la Constitution permettait au pouvoir organisateur de l'université libre d'interdire telles recherches et d'agir en conséquence vis-à-vis des enseignants et chercheurs qui ne souhaitent pas adhérer au projet.

Dès lors, la question est de savoir si la Cour d'arbitrage a étendu aux enseignants et chercheurs des universités libres les conclusions qu'elle tire des articles 24, §1^{er}, et 19 de la Constitution. On observera en effet que les motifs que nous avons rapportés plus haut (I) ont une portée tout à fait générale. Le pluralisme des opinions s'impose-t-il désormais dans l'université libre quelles que soient les préférences de son pouvoir organisateur ? Une raison de douter est le motif tout ambigu par lequel la Cour rejette l'intervention de l'ULB et de l'académie Wallonie-Bruxelles : « Elles ne justifient par contre pas d'un intérêt à intervenir dans le cadre de recours dirigés contre une disposition décrétole relative à l'exercice de la liberté académique ou contre des dispositions décrétoles qui modifient la loi du 28 avril 1953 sur l'organisation de l'enseignement universitaire par l'Etat, n'étant pas soumises au champ d'application de cette loi ». Comment comprendre le motif ? Ce qui est sûr c'est que la Cour a décidé que l'ULB n'a pas d'intérêt. Mais pourquoi ? Il est certain que l'article 67 du « décret de Bologne » s'applique à elle, tout comme il est certain que la loi de 1953 ne s'applique pas à elle ! Les universités libres ne bénéficient pas des garanties organisées par la loi de 1953 revue par le décret⁵⁸.

Cour d'arbitrage : juge de l'attribution des litiges, Rev. Fac. Dr. Liège, 2006/3, pp. 369 et s., sp. n° 35. En Communauté flamande, le principe du recrutement statutaire a été étendu aux universités subventionnées par la Communauté (le contrat devient exceptionnel, art. 111 du décret du 12 juin 1991, relatif aux universités dans la Communauté flamande <http://www.ond.vlaanderen.be/edulex/database/document/document.asp?docid=12831> ; à ce sujet, X. DELGRANGE, o.c., pp. 46 et 47, qui ajoute qu'en Communauté française aucune modification fondamentale n'a été apportée au statut des enseignants des universités). Le possible lien statutaire des enseignants de l'enseignement libre est d'ailleurs pris en considération par la loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité des et pour les membres du personnel au service des personnes publiques, art. 6 (ég. avis du Conseil d'Etat, Doc. Parl. Ch., 50 - 1736/001, p. 36).

⁵⁵ C.A., 1^{er} juin 2005, 97/2005.

⁵⁶ Sur ce conflit possible entre la liberté de l'enseignant et les options du pouvoir organisateur dans l'enseignement privé, ég. F. DELPÉRÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant et Paris, LGDJ, 2000, p. 238.

⁵⁷ Groupe Martin V, « Regards croisés sur la liberté académique », *Académia*, Bruylant, 1995, p. 9. Sur la difficulté, notamment en médecine clinique, *ibid.*, p. 14. L'expression de *liberté académique collective*, utilisée par les mêmes auteurs (p. 20), s'éloigne du sens qui est donné à la liberté académique par la Cour d'arbitrage dans l'arrêt 167/2005 et tend à rejoindre la liberté du pouvoir organisateur, déjà reconnue. Eg. la difficulté d'articuler une « discipline professionnelle » et la liberté académique dans l'université catholique (examen du problème de l'expérimentation sur les embryons humains interdite par le magistère, p. 21).

⁵⁸ L'article 40bis de la loi du 27 juillet 1971 sur le financement et le contrôle des institutions universitaires porte « § 4. Les dispositions de l'article 21, §§ 6, 7 et 8 de la loi du 28 avril 1953 sur l'organisation de l'enseignement universitaire par l'Etat sont également d'application aux institutions universitaires subventionnées par l'Etat visées à l'article 25 de la présente loi ». Ces références doivent sans doute se lire comme portant sur le §8 avant sa modification par le décret « Bologne » ou bien alors les garanties décrites au texte (II), contenues dans le nouvel article 21, §8, de la loi du 28 avril 1953, valent désormais aussi pour les universités libres, ce que n'a pas jugé la Cour d'arbitrage dans l'arrêt 167/2005 ; la relation entre celles-ci et leurs professeurs demeure en effet contractuelle malgré le statut équivalent prévu par l'article 41 de la même loi de 1971 (« Par décision de leur

Avant de tirer une conclusion assurée, nous attendrons que la Cour clarifie le propos. Soulignons encore que les motifs précités de l'arrêt (motifs B.18.1 à B.19.3) pourraient même être appliqués à toute forme d'enseignement⁵⁹, sauf à spécialiser le mot académique, ce qui est possible⁶⁰. Une telle extension serait évidemment neuve en Communauté française où la liberté académique n'est reconnue qu'aux universités. Le décret « de Bologne » n'étendait même pas le champ de l'article 67 aux hautes écoles alors que plusieurs autres de ses dispositions visaient l'enseignement supérieur dans son ensemble. En revanche, aux Etats-Unis, la liberté académique s'étend à toutes les catégories d'enseignements mais son bénéfice y demeure limité aux enseignants des établissements publics. L'autonomie des établissements privés l'emportant sur d'autres considérations⁶¹.

De deux ou trois choses l'une. (i) Ou bien la liberté académique de leurs enseignants et chercheurs s'impose directement aux universités libres par l'effet de la Constitution et l'article 67 du décret précité ne peut établir que des limitations conformes aux articles 19 et 24 de la Constitution comme nous l'avons précisé dans la première partie. (ii) Ou bien la liberté académique déduite de la Constitution ne vaut que pour les universités publiques. Dans ce cas, le décret crée pour les universités libres l'obligation d'assumer la liberté académique décrite à l'article 67. Il ne va pourtant pas de soi que la liberté académique au sein des universités privées soit ainsi réglée par décret. Certes, malgré les différences entre l'université publique et l'université privée, les universités libres assument un service public fonctionnel⁶² et dans la mesure où elles reçoivent des subventions, le législateur peut imposer à leur liberté d'organisation des limitations proportionnées afin notamment d'assurer la qualité de l'enseignement. La jurisprudence récente admet un certain contrôle qui ne peut toutefois affecter de manière disproportionnée la liberté d'enseignement⁶³. La question devient alors de savoir si le pluralisme lié à la définition de la liberté académique donnée par la Cour d'arbitrage est contenu dans l'interprétation de l'article 67 appliqué aux universités libres et s'il est nécessaire à la qualité de l'enseignement universitaire libre ? Rappelons que l'article

Conseil d'administration, les institutions universitaires subventionnées par l'Etat fixent pour leur personnel rémunéré à charge des allocations de fonctionnement définies à l'article 25, un statut équivalent au statut fixé par les lois et règlements pour le personnel des institutions universitaires de l'Etat»). Voy. J. HOEFFLER, L'attribution aux universités libres d'une parcelle de la puissance publique, J.T., 1982, pp. 629 et s., sp. p. 633 ; Y. KREINS, Une autorité administrative est-elle une autorité administrative ?, A.P.T., 1989, pp. 296 et s., sp. p. 301 ; D. DELVAX, Flux et reflux de la jurisprudence relative à la notion d'autorité administrative, A.P.T., 2001, pp. 196 et s., sp. n°s 21 et s. ; D. DÉOM, o.c., A.P.T., 2004, pp. 95 et s., sp. p. 102 ; X. DELGRANGE, o.c., R.J.C.B., 2005, pp. 26 et s., sp. n°s 17, 20, 27 (où l'auteur préconise une interprétation qui donnerait à la relation de travail un caractère statutaire au sens strict). Une qualification unilatérale ne supprimerait cependant pas nécessairement la liberté de choisir le personnel (ibid., p. 75).

⁵⁹ Ce qu'envisage le Professeur DELPÉRÉE, o.c., n° 225.

⁶⁰ Ce que ne fait pas le Professeur DELPÉRÉE, ibid.

⁶¹ Elvio BUONO, o.c.

⁶² C.A., 13 septembre 2005, 141/2005, motif B.6.2 ; C.A., 14 décembre 1995, 82/1995, motif B.42.

⁶³ C.A., 11 janvier 2006, 2/2006, motifs B.19.1 et s. Relevons cet examen d'un décret flamand « B.21.1. Il ne peut pas non plus être soutenu que les garanties de qualité génériques affectent de manière disproportionnée la liberté d'enseignement. Premièrement la définition des garanties de qualité fait apparaître que celles-ci sont bel et bien « génériques », de sorte qu'on ne saurait raisonnablement prétendre qu'elles ne laisseraient pas suffisamment de latitude aux propres idées ou conceptions sociétales, pédagogiques, éducatives ou philosophiques des divers établissements ou qu'elles opéreraient en faveur d'une méthode pédagogique déterminée plutôt que d'une autre. Au lieu d'imposer elles-mêmes un modèle pédagogique et un contenu, elles visent uniquement à vérifier si une formation répond à certaines exigences de qualité de base. Au demeurant, une des garanties de qualité génériques porte sur les « méthodes qui sont suivies lors de l'auto-évaluation », de sorte qu'elles laissent intacts les systèmes existants de gestion interne et externe de la qualité appliqués par les universités et les instituts supérieurs ».

67 a fait l'objet d'une interprétation conforme à la Constitution. La réponse affirmative⁶⁴ inviterait à tirer la conséquence que la branche (i) de l'alternative est la bonne ! Le Conseil d'Etat s'en tenait à la liberté d'organisation et avait estimé que l'uniformisation importante de l'organisation des universités, réglée par le décret alors en projet, portait atteinte à la liberté des universités libres et épinglait en ce sens la définition de la liberté académique contenue à l'article 67⁶⁵. Certes la compétence des communautés à l'égard du personnel de l'enseignement subventionné est reconnue⁶⁶ mais son exercice doit s'articuler avec la liberté d'organisation. La liberté académique relèverait alors de la seule décision de l'université qui peut choisir de la promouvoir comme l'a fait l'ULB⁶⁷ ou l'UCL⁶⁸. (iii) Une troisième option est une variante de la première. Elle est de considérer, dans le fil de l'option apparente de l'arrêt, que la liberté académique déduite des dispositions constitutionnelles et conventionnelles s'applique bien à l'université libre mais que celle-ci doit être en mesure d'y apporter, de manière proportionnée et raisonnable, les nuances que requièrent son caractère légitime d'entreprise « de tendance »⁶⁹.

Conclusion

⁶⁴ En ce sens, Groupe Martin V, « Regards croisés sur la liberté académique », Académia, Bruylant, 1995, p. 30.

⁶⁵ Avis du Conseil d'Etat, Doc. Parl. Comm. fr., 498/1, p. 112. Aussi, D. DÉOM, o.c., A.P.T., 2004, pp. 95 et s., sp. p. 99. Dans le même sens, les opinions des professeurs FERRY, HAARSCHER et TELO, Critiquer Bologne au nom de Bologne, Le Soir, 22 juin 2004.

⁶⁶ C.A., 20 octobre 2005, 154/2005, motif B.41.

⁶⁷ Dont les statuts sont rapportés dans l'arrêt (motif B.13.1).

⁶⁸ Statut administratif des membres du corps académique de l'Université catholique de Louvain du 3 mai 2004, Art. 46 « Les membres du corps académique jouissent de la liberté académique ». Aussi « Article 47 Dans l'exercice de leur liberté académique, les membres du corps académique participent au progrès des connaissances scientifiques, au développement du contenu et des méthodes des enseignements et des recherches ainsi qu'au progrès des méthodes d'évaluation des connaissances. Article 48 Les membres du corps académique respectent le caractère catholique de l'Université. Ils s'abstiennent de tout acte et de toute manifestation publique d'opinion qui compromettraient l'accomplissement de la mission de l'Université, attenteraient à son renom moral ou porteraient atteinte à la dignité de leur fonction », [http://www.crct.ucl.ac.be/Statut/STATUT\(CA30avril2004\).htm](http://www.crct.ucl.ac.be/Statut/STATUT(CA30avril2004).htm) ; aussi Groupe Martin V, préc., p. 30 ; Constitution apostolique *Ex Corde Ecclesiae*, en anglais sur http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/apost_constitutions/documents/hf_jp-ii_apc_15081990_ex-corde-ecclesiae_en.html, Apostolic Constitution of the Supreme Pontiff John Paul II on Catholic Universities, sp. n° 29 « The Church, accepting "the legitimate autonomy of human culture and especially of the sciences", recognizes the academic freedom of scholars in each discipline in accordance with its own principles and proper methods, and within the confines of the truth and the common good ». Et l'article 2, §5, « A Catholic University possesses the autonomy necessary to develop its distinctive identity and pursue its proper mission. Freedom in research and teaching is recognized and respected according to the principles and methods of each individual discipline, so long as the rights of the individual and of the community are preserved within the confines of the truth and the common good ». Encore, *ibid.*, note 15 « academic freedom" is the guarantee given to those involved in teaching and research that, within their specific specialized branch of knowledge, and according to the methods proper to that specific area, they may search for the truth wherever analysis and evidence leads them, and may teach and publish the results of this search, keeping in mind the cited criteria, that is, safeguarding the rights of the individual and of society within the confines of the truth and the common good ».

⁶⁹ Sur les entreprises de tendance, M. JAMOULLE, Le contrat de travail, Liège, Collection scientifique de la Faculté de droit, T. II, 1986, n°s 44 et 283 ; voir aussi la disposition du statut de l'UCL citée à la note précédente ; sur la relation entre les critères de religion et de conviction, l'enseignement libre, la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail et les législations belges tendant à lutter contre la discrimination, X. DELGRANGE, o.c., R.C.J.B., 2005, pp. 26 et s., sp. n° 22. Aussi, L.-L. CHRISTIANS, Le principe de non-discrimination religieuse en droit belge et comparé : entre obligation du législateur et obligation des contractants, *in* La loi antidiscrimination et les contrats (S. STIJNS et P. WERY, Ed.), Bruges, La Charte, 2005, pp. 143 et s., sp. n°s 29 et s.

La liberté académique est d'une certaine manière l'heureux pari de la décentralisation. Elle procède de l'idée que tous ces choix posés librement par les professeurs procureront la meilleure formation à l'étudiant, la plus grande richesse à la communauté, que les effets de leur addition sont préférables au risque d'un mauvais choix centralisé.

Quant à l'université publique, seule en question dans le recours, cet arrêt équilibré fait la part des choses. La liberté académique doit être sévèrement protégée mais elle doit s'articuler avec « les impératifs de bon fonctionnement de l'institution universitaire », autre intérêt digne de protection. L'intérêt de l'institution ne peut être de brimer la liberté académique mais les garanties nécessaires de celle-ci ne peuvent être utilisées au détriment de celui-là. Telle est la synthèse élégante que la Cour d'arbitrage a faite et voulu rappeler au législateur trop soucieux de fonctionnement et pas assez de liberté.

Limont, le 9 août 2006